

Diyalektik Hukuk Bilimi Notları^{1*}

Hakemsiz Makale

Onur KARAHANOĞULLARI

Prof. Dr., Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi, Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetim Bölümü

Prof. Dr., Ankara University Faculty of Political Science Department of Political Science and Public Administration

İÇİNDEKİLER

Hukukbiliminin Konusu veya Hukukun Tanımı	3
Toplumsal ilişkilerin özgül biçimi	3
Hukuk Kuralı	4
Yaptırım	4
Hukuk, Hukukbilimi ve Bilen Özne Arasındaki İlişki	5
İçerik, Biçim ve Tutarlılık	6
Devinim Çelişki ve Sönümlenme.	7
Hukuk Bütünlüğünün Kurulması.	9
Somut, Soyut ve Bütünlük	9
Hukukun Yasaları	10
Olan - Olması Gereken (sollen - sein) Ayrımı	11
Hukukun ve Bilgisinin Yasaları.	12
Hukuksal Biçimlerin Oluşmasında ve Dönüşmesinde Nitelik - Nicelik İlişkisi	13
Hukukun Görünümü ve Özü	13
Hukukta Kavramlar	14
Hukukta Mantık	14
Hukukta Siyasal Tavır	15

1 * İlgili makale hakemsiz olarak yayınlanmaktadır.

Giriş^{1*}

Muhalef hukukçuların, hukuk bilginlerinin hukuksal düşünüşün biçim ve araçlarıyla donanmadan, yalnızca Marksizmin genel kuramıyla hukuksal gerçekliği kavramaya çalışmaları “metafizik maddecilik”tir. Bu yaklaşımda, hukuksal gerçeklik, düşüncenin araçlarıyla zenginleşen görüngüler olarak değil de kaba bir olgu olarak görülecektir. Toplumsal yaşamın hukuksal biçimlerine ussal biçimde egemen olmaya çalışmak için düşüncenin, hukuksal düşüncenin biçim ve araçlarını yetkinleştirmek ve çevikleştirmek gerekir. Maddeci yaklaşımlar için hukukun bir olgu olarak saptanmasıyla yetinmek, bugüne kadarki hukuk biliminin geliştirmiş olduğu araçları, yorum tekniklerini ve biçimleri gözardı etmek, bunları kullanmamak ve hatta bunlardan haberdar olmamak kaba maddeciliktir. Hukuk kuramlarını/okullarını metafizik veya idealist olarak sınıflandırmak yerine, onlara bu niteliği veren eksiklik ve hatalarını saptamak teknik araçlarını ve kazanımlarını kullanmak gerekir. Diyalektik yöntemle hukuk incelemesi ve öğretiler, sistemler geliştirilmesi çok yeni ve zorlu bir etkinliktir.

Bilmedeki sorunlar, siyasal program ve eylem sorunlarına da yol açar. Hukuksal gerçeğin dönüştürülmesindeki kazanımların dökülebileceği hukuksal biçimlerden yoksun kalınır. Tarih boyunca yeni sınıflar, toplumsal varoluş koşullarına dayanan siyasal programlarını hukuki kalıplara dökmüşlerdir. Bunu yazacak tekniğe, kavramlara ve dile sahip olmak gerekir.

Temel hukuksal kurum ve kavramlara ilişkin Marksist yönelimli incelemeler az sayıdadır. Avukatlığın, hakimliğin ve genel olarak hukukçuluğun halka kapalı meslekler olmamasına karşın hukuk kuramında egemen akımlarının yanında Marksist hukuk çalışmalarının gelişmemiş olması açıklanması zor bir durumdur. Yeni hukuksal biçimler kazanmakta olan veya varolan biçimleri çatlatacak, eğip bükecek veya sömünlendirecek yeni toplumsal biçimler gelişmemekte midir? Üretim araçları tekelleşirken üretimin ve mübadelenin gittikçe artan kolektifleşmesinden (toplumsallaşmasından) söz edilirdi, bu saptama geçerliliğini sürdürüyorsa bu gerçeğin hukuki biçimleri olması gerek. Var. Nitekim hukuk ve devletin varoluşunda ve kuramında sönümleyici hiçbir kapı açmamak için bu gelişmeler iş hukuku, tüketici hukuku, rekabet hukuku, çevre hukuku vb. olarak hukuksal biçimler kazanıyor. Muhalef hukukçuların ise hukuk uygulamasından “hukukun hiçliği” saptamasından başka sonuçlara varabildiklerini söylemek pek de olanaklı değil. Hukuk alanında bugüne kadar sorulmuş sorulara doğru bir yöntemle yanıt aranmadan, bugüne kadar geliştirilmiş kurumları eleştiriye tutmadan toplumsal çelişkilerin sürekli ürettiği yeni ilişki biçimlerinin hukuksal kuruluşunu ancak ortodoksi içinde gerçekleştirebiliriz.

Yerleşik ve inançsalmış hukuk öğretilerinin sol eğilimli eleştirisi (-ki, eleştirel hukuk

1 * Diyalektik hukukbilimi notlarının, us, anlık, varlık, oluş, bilgi ve mantık, özetle bilme kuramına ilişkin çerçevesi Lefebvre’in mantık kitabına dayanmaktadır (Henri Lefebvre, **Logique formelle, logique dialectique**, 2. B, Editions anthropos, Paris, 1969). Lefebvre’in eserinde hukuka ilişkin hiçbir saptama bulunmamaktadır. Bununla birlikte varlık ve bilgisine ilişkin bulguları hukuk bilgisine de uygulanabilir niteliktedir. Diyalektik Hukukbilimi Notları’nda yer alan bilgi kuramına ilişkin saptamalar Lefebvre’ aittir. Çalışmanın özgünlüğünü bunların hukuk bilgisine uygulanması oluşturmaktadır.

çalışmaları bundan başka bir şey değildir.) diyalektik hukukbilimi değildir. Hukuku açıklayan büyük akımlar olarak doğal hukuk, tarihçi okul, pozitivizm, toplumbilimsel kuramlar, Amerikan realizmi, eleştirel hukuk akımı ilk akla gelenleridir. Diyalektik hukukbilimi yeni bir akım olarak kurulacaktır. Kuruluşundaki önemli sorunlardan biri, eleştirel hukuk çalışmalarını akımından bağımsızlaşması olacaktır.

Hukukbiliminin Konusu veya Hukukun Tanımı

Düşüncenin dışında bir gerçeklik olarak hukuk kabulü hukuk bilimi için temel başlangıçtır.

Bilme deneyimden gelir. Hukukun bilgisi de esinden, saf akıldan, vicdandan vb.'den gelmez. Hukukun bilgisi deneyimden gelir, öte yandan hukuk deneyiminin parçasını oluşturan konulmuş kurallar da deneyimden oluşmuştur. Hukuk kurallarının oluşması da akli sürece benzer ancak burada hukuk bilgisinin oluşumunu değerlendirmeye çalışıyoruz.

Bilme deneyimden gelirse, bilen özne kendi kendini nasıl deneyimler sorusunun yanıtı kolektif öznedir. Bir özne, diğerini deneyimle bilir, onun çizemediği sınırlarının bilgisini üretir. Hukuku bilme etkinliği kolektif bir etkinliktir.

Diyalektik akıl bilmenin iki yönünü, algılanabilir doğrudan deneyimlenmesi ile soyutlama, biçim oluşturma ve düşünmeyi birleştirir. Hukuk bilgisi ve uygulaması ise bu ikisini ayırır. Soyut biçimler, kendisini deneyime dayatır, bütün yaşam hukukla düzenlenir ya da hukuki realizm bakış açısıyla yalnızca uygulama vardır, uygulamacının her kararı hukuktur. Hukuki realizm de hukuki pozitivizm de hukuksal olguyu kavramakta bilimsellik savındadır. İnsan etkinliğinin dışında bir gerçek, duyularla algılanan kanunlar, mahkeme kararları, idarenin uygulamaları, karar incelememeleri, vb. vardır ve bu gerçekliğin bilimi yapılmaktadır.

Özne ve nesne arasındaki gerçek, diyalektik etkileşimi kopardığımız, bunları ayırdığımız zaman bilme bir sorun haline gelir. Hukuk, öznelerden bağımsız bir varlık olarak değerlendirilince metafizik kuramlar ortaya çıkar. Tanrısal, doğal veya tarihi bir hukuk idesinin mevcut toplumsal ilişkileri düzenlemekte olduğu veya düzenleyeceği görüşlerinin temelinde özne ile nesne bağının koparılması bulunur. Kazanılmış bilginin bir bölümüne mutlak nitelik tanıyıp, bu mutlaklıktan, doğa ve insandan önce varolduğunu kabul ettikleri mistik bir düşünce veya düşün yaratan öğretiler ise idealisttir.

Toplumsal ilişkilerin özgül biçimi

Toplumsal ilişkilerin tümü hukuksal biçim kazanmaz (hukukla düzenlenmez). Mübadele ilişkileri dışında kalan alanlar, mübadele (değişim değeri) ile bağlantısı olmayan veya kopmuş alanlar hukukla değil, kullanım değeriyle ve onun kurallarıyla, hukuk olmayan kurallarla belirlenir.

Tüm toplumsal ilişkiler ve bunun kurucusu olduğu oranda dirimsel varlık da hukuk bilgisinin inceleme konusudur. Bu durumda aynı nesneyi inceleyen diğer bilimlerden, örneğin toplumbilimden hukukun farkının belirlenmesi gerekir. Hukukbilimi de toplumsal ilişkileri incelemekle birlikte bunun özgün biçimini konu edinmektedir. Hukuk bilimi, toplumsal ilişkilerin özgül bir biçimini inceler. *Siyasal zor ile dayatılan toplumsal ilişki biçimleri hukuku oluşturur* ve hukuk biliminin özgül nesnesidir.

Hukukun kaynağı mübadele ilişkilerinde bulunur. Maddi kaynak - biçimsel kaynak ayrımını benimsersek mübadele ilişkileri hukukun maddi kaynağıdır. Döküldüğü kalıp, yani biçimsel kaynaklar arkasına devlet iktidarını aldığı oranda yasa, içtihat, teamül, sözleşmeler vb. çok sayıdadır.

Hangi toplumsal ilişkinin hukuk biçimini aldığını saptamakta bilgi - deneyim ilişkisi sürekli işler. Kuramsal düzeye erişmeden tüm bilme uygulama ile deneyim ile başlar. Bilme öncelikle uygulamalıdır. Hukukun bilgisinin deneyim ile başlaması tarihsel gelişimini anlattığında yalın bir bilgidir. Fakat gelişkin aşamada hukuk bilgisinin deneyim ile başlaması ne anlama gelir? Hukuk deneyimi yasa konulması ve uygulanması ile sınırlı değildir. Örneğin, hiçbir yasal dayanağı bulunmayan bir devlet uygulaması öznel tarafından hukuk olarak deneyimlenir. Devletin bu uygulaması hukuk sistemiyle çelişse de hukuktur. Böylesi bir uygulamayı gözlediğimiz zaman bir toplumsal ilişkinin hukuk kuralına dönüşmekte olduğu sonucuna varabileceğimiz gibi bunun bir bozukluk, müdahale edilip düzeltilmesi gereken bir bozukluk, *hukuka aykırılık* olduğunu da söyleyebiliriz. Hukukun bilinmesinde uygulama ve deneyimin belirleyiciliği devlet iktidarının onay verdiği, koruduğu, benimsediği toplumsal ilişkilerde ortaya çıkar.

Toplumbilimsel yaklaşımla hukuk kuralı biçimini almamış toplumsal düzenlilikleri de norm olarak kabul etmek olanaklıdır. Bununla birlikte bu kabulde devletin işlevinin özgünlüğü ortadan kalkıyor. Toplumsal ilişkilerin tek düzenleme biçimi devletin dayattığı olmadığı gibi, diğer düzenleme biçimleri devletin dayattıkları arasındaki ayrımı belirsizleştirmek de doğru değildir.

Hukuk Kuralı

Hukukbiliminin konusu yalnızca normlar değildir. Normları da kapsayan hukuksal biçimlerdir. Hukuk biçimi almış toplumsal ilişkilerdir. Hukuk yalnızca normlarda oluşmaz. Devletin tanıdığı biçimler, arkasında örgütlü şiddetini koyduğu biçimler hukuktur. Normlar gibi durum tanımları da (statüler) temel hukuksal biçimlerden biridir.

Normlar da hukuksal biçimlerdir. Normlar galip gelenlerin, karar vermiş olanların iradelerinin biçimidir. Sözleşme birden fazla iradenin ilişkisi ise norm kolektif tarihsel özenin (iradenin) hukuksal biçimidir.

Kural ile uygulama ayrımı hukuksal biçim olmak bakımından özellik taşımaz. Toplumsal ilişkilerin hukuksal biçim alması kural veya kuralın uygulanması biçiminde gerçekleşir. Kuralda ortaya çıkan irade ile uygulamada ortaya çıkan irade tümellik - tikelik bakımından farklıdır.

Hukuk yalnızca hukuk kurallarından (normlardan) oluşmadığı gibi hukuk uygulaması da yalnızca varolan kuralların uygulanması değildir. Hukuksal biçim kazanma ve hukuksal biçimlerin ilişkisi yalnızca kural biçiminde olmaz. Özellikle özel hukukta kişiler kuralları uygulamazlar, iktisadi ilişki kurarlar. Bunların kuralları uygulaması çekişme durumunda ortaya çıkar. Tersine Kamu hukukunda ise kural uygulaması genel durumdur.

Normlar hiyerarşisi devletteki işbölümüne, karar alma gücünün dağılımında dayanır. Normun değeri içeriğinden, soyutluğundan vb. değil iktidar bölüşümünden kaynaklanır.

Bir andan sonra da hukuk kuralları işbölümü geliştirmeye, iktidar dağıtmaya başlar. Bundan devletin hukukla kurulduğu yanılması oluşur.

Yaptırım

Hukukta yaptırım (müeyyide) devlet iktidarından başka bir şey değildir. Hukuksal ilişkilerdeki müeyyide devlet iktidarının somutlayıcısı ve - kurucusu değil - oluşturucusu olarak ortaya çıkar.

Hukuksal yaptırım devletin örgütlü şiddetidir. Devlet iktidarını incelemeye ilişkin yöntem ve bilgiler yaptırımın incelenmesine de aktarılabilir.

Çatışmasız ve çekişmesiz ilişkiler hukuksal biçim almaz, yaptırım yenenlerin örgütlü şiddetidir.

Çatışmasız ve çekişmesiz görünen ancak hukuksal biçim almış ilişkiler olası çatışma kaynaklarına veya çatışmayı çözecek yöntemlere, verilere ilişkindir.

Hukuk, Hukukbilimi ve Bilen Özne Arasındaki İlişki

Hukuk, hukukçunun hem bilincinin ve hem de nesnel varoluşunun parçasıdır.

Bilen öznenin dışında bir gerçeklik kabulü bilimsel çalışmanın ilk aşaması olarak doğrudur. Ancak bu gerçeklik insanların emeğinin ve bilmelerinin gücüyle sahip oldukları bir gerçekliktir. Bu nedenle bilme salt olguyla değil, görüngüyle gerçekleşir.

Bilme kuramının temel sorunlarından biri özne (bilen insan) ile nesne (bilinen) arasındaki sürekli etkileşimdir. İnsan gözlerken nesneye etki ettiği gibi dönüştürdüğü veya oluşturduğu nesneleri de gözler. Toplumsal ilişkiler bilinmeye, gözlemlenmeye çalışıldığında bu sorun aynı biçimde fakat daha ağır olarak yaşanır. Hukuku bilmeye çalışan özne, hukukun oluşuna ve oluşumuna, varlığına katılır. Hukuk, kurucu öznelerin toplumsal işbölümünde kısmen de olsa görünür olduğu bir toplumsal ilişkidir.

Hukuk ile hukukbilimi, bilgisi arasında, uygulamacı ile bilgin arasında ayrım yapılabilecek ayrım geçici ve geçişli olmak zorundadır.

Kuralkoyucuların, hüküm vericilerin, uygulamacıların yani hukuk yaratıcısı olduğu düşünülen öznelerin görünür, etkinliklerinin elle tutulur olması hukukun nesnel maddi/toplumsal olgu olarak saptanmasını güçleştirmektedir. Olgununun bir üreticisi olduğu izlenimi, bilmeye, nesnelleştirmeye uygun olmadığı, *keyfi*, *iradi* ve *dışsal* olduğu yanılığı yaratmaktadır.

Toplumbilimleri oluşurken maddenin (doğanın) incelenmesindeki kesinliği toplum incelemesinde de sağlama arayışı, fen bilimlerine öykünülmesi toplumsal ilişkiyi bilimin inceleme nesnesi olarak almanın güçlüğü ile açıklanabilir. Hukuk incelemesinde güçlük biraz daha artar. Hukuk görünürde, iradi ve hatta keyfi biçimde oluşmaktadır, bu durumda toplumbilimcilerin bulduğu bireyleri ve hatta kuşakları aşan yasaların aranması boşuna bir çabadır. ABD’de egemen hukuk kuramının yargı kararlarını öngörme, bunun için yöntemler geliştirme arayışıyla sınırlı gelişmesi, pragmatizmin yanısıra bu sorun ile de açıklanabilir. Bu yaklaşıma göre hukukun incelenmesiyle varılabilecek bir bilimsel yasa yoktur uygulamanın öngörülebilmesini sağlayacak düzenlilikleri saptayabilmek yeterlidir.

Yakınlarda hukuk incelemelerinin önüne bir sorun daha çıkmıştır. Maddeye inceleyen bilimlere, atomun incelenmesindeki ilerlemeyle belirsizlik kavramının girmesi ve toplumbilimlerinde postmodernizmin kültürel göreliliğinin egemen olması bilenemez-ciliği teşvik etmiştir. Şimdi hukuku incelemeye çalışanların önünde bir sorun daha bulunmaktadır. Bilginin ancak görelî olabileceği kabulü ve norm kavramının terkedilerek betimleme ile yetinilmesi.

Fen bilimleri ile toplumbilimleri karşıtlığı açıklayıcı olmamakla birlikte maddeyi inceleyen bilimcinin, toplum bilimciden farkı oluşumuna ve oluşuna katılımı olmayan veya sınırlı olan olguları incelemesidir. Bilgiye erişmek için yapılanlar, örneğin, ölçme ve gözlem, nesneyi, ölçüleni, gözleneni etkiler. Bilim insanlarının önemli yüklerinden biri de bu etkiyi enaza indirmeye çalışmak veya hesaplama etkisizleştirmeye çalışmaktır. Fen bilimlerinde de bilen ile nesne arasındaki bağlantı kopuk değildir. Laboratuvar ortamında üretilen elementler bulunmakta, daha da önemlisi varlığına katkısı olmasa da insan maddenin *oluşunu* değiştirmektedir. Örneğin atomu parçalamakta, halden hale geçirmekte, oluşun tüm hallerini incelemektedir. Bilgi (bilme) ile oluş arasında ayırım olanaklı olmakla birlikte kopuş/geçişsizlik olanaklı değildir.

Hukuk bilgini de kendisinin yarattığı veya yaratımına katıldığı bir olgunun/görüngünün üzerinde çalışıyor olabilir. Ceza kanununa yeni bir kurumun eklenmesini sağlamış olan bir hukukçu, bu kurumun toplumsal ilişkilerden köken alıp almadığı tartışması bir yana, aynı zamanda bu olgu üzerinde çalışan kişidir. Bu yeni kurum yalnızca hukukçunun aklının ürünü değildir. Onun ve yasayı kabul edenlerin iradelerinin dışında onları yönlendiren bir gerçeklik vardır, atomun fizikçilerin yaratılarının sınırı, belirleyicisi olması gibi.

Bunlar yeni ve hukuk bilimine özgü sorular değildir. Bilgin ile uygulamacı, sanatçı ile zanaatkar arasındaki fark ve bunların madde ile ilişkileri bağlamında yer alır. Örneğin fizik bilgini, mühendis ve madde arasındaki ilişki, hukuk bilgini, hukukçu ve hukuk arasındaki ilişkiye benzetilebilir. Maddenin ve toplumun, bunlar üzerindeki sistemlerin, bunları inceleyen öznenin bağımsızlık dereceleri farklıdır. Madde için, inceleyen öznenin kesin bir bağımsızlık sözkonusuymuş gibi görünse de varoluşunun farklı düzeyleri öznenin müdahalesiyle, güç uygulaması ile ortaya çıkar. Işığın prizmadan geçirilerek incelenmesi, öznenin müdahalesi ile ortaya çıkan bir varoluşun incelenmesidir.

Fen bilimci de bir süre sonra kendi belirlediği ve denetlediği deney ortamının kurallarına, daha da temellisi, maddeyi inceleyerek kurduğu yasaların/kuralların kullanılmasıyla oluşturulmuş olan yeni maddi varoluşları incelediğinde bunların kurallarına tabi olur. Bazı elementlerin kendiliğinden ışıma özelliğine sahip olması onu inceleyeninin iradesinden bağımsızdır ancak kurulan bir nükleer enerji santralinin kuralları, işlenen maddenin özellikleriyle belirlenerek insanlar tarafından konulur. Mühendisler, teknisyenler, işçiler, ticaret yapanlar maddenin oluş bilgisi ile belirlenmiş fakat konulmuş kurallara tabi olurlar. Bu kuralların her ihlali aynı sonucu doğurmaz, sınır üretimin durması veya felaketle sona ermesidir.

Özne üretmiş olduğu bilgilerle zenginleşmiş bir nesneyi, nesnenin sınırlarını ve kendi ürettiği bilginin sınırlarını sürekli zorlayarak inceler. Hiçbir bilim insanı olguya,

maddeye teslim olmaz; ona saldırır, onu yıpratır, hırpalar, bombalar, ezer, süzer vb. ama olduğu gibi bırakmaz böylelikle maddenin yeni görüngülerinde onun özünü keşfeder. Hukuk bilginin de aynı şeyi yapmalıdır.

İçerik, Biçim ve Tutarlılık

Hukuku inceleyen akıl devingen olmalı, devinin düşünce olmalı ancak bunu yaparken belirli bir biçimi de yitirmemelidir. Düşüncenin etkin iş görebilmesi için tutarsızlıklar içinde kaybolmadan belirli çelişkiler arasında devinmesi gerekir. Yaratıcılık, tutarsızlıktan gelmez, biçimlerin yenilenmesinden ve aşılmasından gelir. İçeriğin devinimini ve çelişkisini kavramak için tutarsızlık hoşgörülürse/benimsenirse aklın gerçeği kavrama gücü zayıflar ve bilinçli insan etkinliği ile oluşan toplumsal eylem yaratıcılığını yitirir.

Hukuksal biçimler tutarsızlıklar içinde kaybolmadan iş görmek için etkin araçlardır. Öte yandan içeriğinin olabildiğince boşaltılmış, çelişkilerden arındırılmış olması bu biçimlerle gerçeğe yönelmeyi, devinimi kavramayı, çelişkiler arasında devinmeyi son derece güçleştirmektedir.

Biçimin terk edilemezliği, içeriğin devingenliği, tutarsızlığa düşmeden durağan biçimlerle devingen ve çelişik içeriği kavrama gereği ancak biçim ile içerik ilişkisini sürekli kurarak, oluş içinde yapılabilir. Hukuk biçimi ve uygulaması ise görece bir sabitlenmeyi istikrarı arar. Hukuk bilginin devingen ve çelişik bir içeriği tutarsızlığa düşmeden yani biçimleri kullanarak kavrama, düşünme etkinliği uygulamacının gereksinimleri ile uyumsuzdur. Uygulamacının hız arayışı, özellikle tarihin hızlandığı dönemlerde tutarlılık gereksinimiyle çelişir.

Hukukçu, ısrarla ve yalnızca biçimleri inceler. Borçlar hukuku kitaplarındaki sözleşmelere ilişkin bölümleri düşünelim. Tarafların, alıcı ve satıcının kimler olduğu, özelliklerinin ve sözleşmenin somut konusunun hiçbir önemi yoktur. Sözleme biçiminden içeriğe ilişkin fazlaca bir bilgi edinemeyiz. Sözleşmenin konu başlığı, örneğin satış sözleşmesi, bir biçim olarak konudur.

Hukuksal biçim, kendi konusuna/içeriğine yeni bir şey eklemese de diğer içeriklerle zorlayarak belirleyici olabilir. Herhangi bir içeriğe biçim verdiğimizde ona hiçbir şey eklemeyiz. Hukuksal biçim içeriğe yeni bir şey katmasa da içeriklerin *oluşuna* etki eder. Biçimler oluştuktan sonra ilişkileri zorlar. Hukuka uygun ve düzgün hukuki biçim zorunluluğu biçimlerin ilişkileri belirlemesini sağlar.

Anlık (tekil) biçimler ile kurumsal, tarihsel biçimler arasında ayrım yapabiliriz. Yenilenen anlık (tekil) biçimler, tarihsel biçimlerin bozulup yenilenmesini sağlayabilir. Hukukta ihlal yenileyici olabilir.

Hukukçu değil de hukuk bilginin, yalnızca hukukun biçimleriyle iş görmez, kendi anlayışının ürünü olan biçimlere sahip olduğu gibi hukuk biçimlerini de tarihsel kolektif anlayışın ürünleri olarak kullanır. Bu durumda hukuk biçimleri hukuk bilgi için hem biçimi hem içeriği oluşturabilir. Hukuk bilginin biçimleri içerik yapmak görevi bulunmaktadır.

Devinim Çelişki ve Sönümlenme

Hukukçu için çelişki bir yanlışlığın belirtisidir, rahatsız edicidir. Bununla birlikte bir

gerçeklik ancak bir çelişki içinde yer alırsa aşılr. Hukukçu ise hiçbir çelişki taşımayan mutlak içeriklerle, biçimlerle iş görür. Hukukçu hukuku bir oluş olarak değil, idealarin, tanrısal düzenin veya varolan toplumsal düzenin emirlerine boyun eğiş olarak kavrar ve bunun ideolojisini üretir. Yaşamını hukukun kurallarına ve hukukun da tabi olduğu toplumsal yasalara tabi olarak sürdüren insan bunları bilme ve bunlardan özgürleşebilme olanağı olduğunu unuttur, bunu yitirir. Çelişki içermediği düşünülen gerçeklik, sonsuz bir yinelemedir, kaderdir.

Hukukçular çelişkiyi, hukuksal ilişkide özneler arası menfaat çelişkileri olarak anlarlar. Tipik olarak hakimin davada karar verirken taraf menfaatleri arasındaki çatışmayı nasıl çözeceği sorunuyla ilgilenirler. Tüm oluşa ve bilmeye damgasını vuran çelişkiden habersiz gibidirler. Bilinçli insan etkinliğinin müdahalelerine açık olan toplumsal gerçeklikteki çelişkilerin varlığını bilmek, eylemi de belirler.

Hukukçu ve hukuk bilgisini üreten, norm ve yargı ikiliyle iş görür. Bilme ve bilinçli eylem ise bunlarla sınırlı değildir. Her hukuk gerçeğinde ve bunun biçiminde çelişkiyi araştırmalıyız. Bizi çelişkinin çözülmesi aracılığıyla daha somut, daha belirlenimli, olumlu birşeye doğru götürecek çelişkileri bulmaya çalışmalıyız. Bu araştırma temel çelişki olan varlık-yokluk çelişkisini, sönümlenme çelişkisini unutmadan yapılmalıdır.

Hukuk ve hukuk bilgisine devinim kazandırmak gerekir. Hukukun varlığının karşısına yokluğu konulmalı, ilk çelişki yeniden oluşturulmalı ve devinim başlatılmalıdır. Sönümlenmecî hukuk anlayışı hukuka ve bilgisine sürekli olarak bu ilk çelişkiyi taşır. Varlığın düşüncesi aynı zamanda yokluğun düşüncesidir. Saf (soyut) varlık ve saf yokluk arasındaki ilk çelişkide ve onun aracılığıyla düşünce devinmeye başlar. Buradaki çelişki, birbirini yok eden “ya o ya bu” çelişkisi değildir, varlık ve yokluk bir sonuca varmadan birbirine karışmaz veya birbirini yok etmez.

Hukuk düşüncesine ilk çelişki sönümlenme kavramıyla sokulmalıdır. Bu temel çelişkinin dışında belirlenmiş, düşünebilir çelişkiler de araştırılmalı, bulunmaya çalışılmalı, bunlardan hareket ederek yeni aşamalara geçilmelidir. Hukukta belirlenmiş çelişkiler, hukukçuların her zaman sözünü ettiği, hukuksal ilişkinin tarafları arasındaki çıkar çatışmaları değildir yalnızca.

Geçilen aşamaların, belirlenmiş çelişkilerin, varlık ve yokluğun, oluş ve varoluşun, nitelik ve niceliğin, tümel ve tekilin vb. ilişkisini kurmaya çalışmak ilişki kurma arayışı güçlüğü ve sabitlenmeye engel olacağı izlenimi nedeniyle ilk olarak terkedilen daha sonra da unutilan bir düşünme özelliğidir. Her hukuksal olgunun ilk çelişkisini araştırmak, yokluğunu düşünmek ve yok olacağını düşünmek temel yöntemsel zorunluluktur. Bu bir geçmiş ve gelecek araştırmasıdır. Olgunun taşıdığı çelişkilerin ve olguya ilişkinin bilginin taşıdığı çelişkilerin peşine düşmek gerekir. Bu sayede, ebedi ve sabit olgularla ve bilgilerle iş görmediğimiz, olanaklarımız ve olasılıklarımız ortaya çıkar.

Çelişkiler saptaya ve aşmaya çalışırken güçsüz, kesinliği olmayan, sınırları belirsiz seçmecilik yerine çatıştırılabilecek temel çelişkiler bulmaya çalışılmalı; temel çelişkilerin de kökenlerine yönelmelidir. Hukuksal olguda ilk elde görülen zayıf çelişkilerden önce ilk çelişkiyi anımsamak, ilk çelişkisini araştırmak, yokluğunu ve yok olacağını düşünmek gerekir. Hukuku bilmeye çalıştığımızda çelişkilerle uğraşmalıyız. Hukuksal görüngülerin

temel çelişkisi yokluk ve bunun oluştaki hali de sönümlenmedir. Tarihsel çelişkiler ise sınıfsal karşıtlıklarla oluşur. Hukuku incelerken de çatışmayı güçlendirilmeli, çelişkiye kadar, çelişkilerin kökenleri bulanana kadar çatışma derinleştirmelidir. Öyle ki dışarıda durmak, dıştan karşıtlanmak yerine birinden diğerine geçen tezler, içeriklerini onları geçen ve aşan bir devinimde bulsun. Çelişkileri keskinleştirerek temele doğru yönelme sayesinde ortaya çıkan oluş/devinim ile geline yer başlangıç noktası olabilir ancak başlangıçtaki durum içeriklenmiş, zenginleşmişse artık bir kısır döngü değil ama bir aşma sözkonusudur.

Her görüngü, olgu ve kavram için çelişkilerle uğraşmak elbette yorucudur ve çoğu kez sonuçsuz bir uğraş içinde bulunulduğu duygusu yaratır. Buna karşılık her keresinde kavramların ve gerçekliğin küçük, belki de küçücük yeniliklerle değiştiği, zenginleştiği görülebilir. Bu çabanın terkedilmesi ebedi ve ezeli, yani hiç değişmeyen ve değişmeyecek olan doğal veya tanrısal düzenin basit uygulayıcıları olmayı kabul etmek anlamına gelir. Kuralda, kuraldışındaki varoluştaki, toplumsal ve maddi olguda, hukuksal ilişkinin taraflarında vb.'de çelişkileri saptamaya çalışmalıyız.

Hukuka, hukuk biçimlerine sabit, kesin, ebedi görüntüsü veren şey belirlenmiş çelişkilerin, içeriğin boşaltılmasıyla gizlenmiş, gözden uzaklaştırılmış olmasıdır. Hukuk bilgisinde varlık-yokluk, oluş-varoluş, nitelik-nicelik, soyut-somut bağlantısı genellikle kopuktur. İlişki hukuk bilgini için ağır bir yük, laf ebeliğidir. Düşünce tek yanlı ve eksiktir. Terimler bağlanmaz, gerçeklik ile bağlantı kopuk veya kesintilidir, gerçeklik ile bağlantı kurulduğunda ise düşüncenin kendi geçtiği aşamalar ile yeni bir aşamaya geçmek üzere yeniden ilişki kurulmaz.

Hukuk bilgini, dogmatik idealizm ile gerçekliğin anarşik ve kaotik görünümüne takılan eleştireliliğin vardığı kuşkuculuk arasında salınmaktadır. Hukuksal biçimlerle yetinmeyip içerikleri incelemeye, gerçekliğe yöneldiğinde gördüklerini, başlangıçta elinde bulunan ilişki ve biçimlere bağlayamayınca her şeyin görelî olduğu sonucuna varabilir. İçeriğe yöneldiğinde olgularda niteliğin yinelenip yinelenmediğini araştırabilecek, kavrayabilecek ve sonuç çıkarabilecek araçların olması gerekir. Hukukbilimindeki araçlar son derece sınırlıdır. Hukuksal biçimlerin gerçekliği ile uygulamayı incelerken bulduğumuz görüngülerin bağlantısı, hukuka uygunluk, hukuka aykırılık, çelişki, hukukun ihlali, geçerlilik, uygulanamazlık, teamül vb. kavramlarla kurulabilir.

Uygulamada saptadığımız görüngüler, biçimleri dönüştürebileceği gibi yeni hukuksal biçimlerin oluşumuna da yol açabilir. Nicelik, özellikle çelişkili yinelenmelerde yeni biçimlerin oluşumuna yol açabilir. Hukuk düşüncesinin deviniminde, içeriğin yeni biçim yaratmasının yakalanması düşüncenin sıçrayışıdır. (Yeni biçimin devlet iktidarını arkasına alarak hukuksal biçime dönüşmesi eş zamanlı olmayabilir.) Bu sıçrayışlarda oluşan yeni biçim, henüz belirlenmiş içeriklerin/niteliklerin oluşuna belirlenim olarak girer. Hukukbilginin, hukukçunun ve çatışan hukuk öznelerinin etkinde belirleyici olurlar.

Hukuk evrim yasasına tabi olduğu gibi hukuk bilgisi de evrim yasasına tabidir. Hukuk ve bilgisi için Tek bir evrim çizgisi ve adı bulmak gerekmez. Evrimleşmekte olduğunu saptamak dogmatik idealizmden ve bilinemezci görelilikten uzak durmak için yeterlidir. Buradaki evrim, basit bir yenilik değildir. Yeniliklerin başka bir türe dönüştüğü aşamaya

gelmesidir. Örneğin dirimbilimde, milyonlarca küçük değişiklik aynı türün üyelerini birbirleri üreyemeyecek denli değiştirdiğinde evrimde yeni bir basamağa geçilir. Hukukta, statüden sözleşmeye geçişi, tüzelkişilik kavramının doğuşunu, özel hukuktaki hak kavramının gelişimini, bunu açıklayan kuramları, ceza hukukundaki nedensellik kuramlarını, hak kavramının devlete karşı kullanılmasını örnek olarak verebiliriz.

Hukuk Bütünlüğünün Kurulması

Çelişkileri görebilmek için belirlenimlerin ayırdına varmalı, bunun için de ilişkiyi yakalamalıyız. En çok belirlenimli varlık, bir başka içerik ve tüm dünya ile ilişki içinde olan bir içerik gibi, başka birşey ile ilişki içinde olan varlıktır. Bu saptamalar bilginin ve bilgi örgütlenmesinin (bilimlerin) kuralları değil, gerçekliğin, maddenin kurallarıdır. Bilimin tanımaya çalıştığı dünya şeylerin yalnızca ayrı ve kopuk olmadığı fakat gerçek ilişkilerle bağlı olduğu dünyadır. Bilim böyle bir dünyayı açığa çıkarır ve ancak böyle bir dünya bilinebilir niteliktedir. Bu ussal dünyadır, anlağı aşan aklın dünyasıdır.

Bilme süreci, “uygulamalı aklın kopuk ve ayrı olarak değerlendirdiği nesneler arasında ilişkiler bulur. Uygulamalı anlak nesneleri keser, parçalar. Anlak içeriği enaza indirmeye, karmaşığı yalın, kesin, yalıtılabilir parçalara, yeniden düzeneksel olarak kurulabilecek parçalara ayırmaya çalışır. Akıl bunları aşar. Organizmaları (düzenleri) anlamadan önce düzenekleri (mekanizmaları) geçmek gerekir. Düzeneğin veya düzenekçi eğilime sahip her çözümlemenin doğruluğu uygulamalı anlak düzleminde kalan sınırlı bir doğruluktur. Bilimin, aklın ilk işi evrenin ve hareketin uygulamalı akıl tarafından olumsuzlanmasını yadsımaktadır. Öte yandan bilim toplumsal uygulamayı ancak ondan çıktığı ve ondan kopmadığı için aşabilir. Uygulama ona daha geniş bir görüşün öğelerini sunar.

Anlağın ve aklın etkinliğinin tek bir insanda gerçekleşen bir etkinlik olmaktan çok milyonlarca insanın kolektif etkinliği olduğunu unutmamalıyız. Böyle değerlendirildiğinde uygulamacılar daha çok kolektif anlak, bilginler ise daha çok kolektif akıl etkinliğinin özneleri olarak kabul edilebilir.

Hukuk uygulamacısı için toplumsal işbölümünün getirdiği sınırlamalar da düşünülürse, uygulamalı anlağın sınırlarını aşıp tüm ilişkileri ussal olarak kurmak olanaklı değildir. Hukuk bilgini kolektif aklın bir aktörü olarak uygulamalı aklın bıraktığı yerden onun varlığı sonuçları, hukuku bilinebilir hale getirmek amacıyla ilişkileri içinde yeniden kurmalı, hukukun akli dünyasını oluşturmalıdır.

Bilim ile uygulamanın kopmamasının nasıl sağlanabileceği temelde toplumsal işbölümünün aşılması sorunuyla bağlantılıdır. Hukuk için uygulamalı anlak ve akıl bağlantısını kurmanın önünde de toplumsal işbölümünden kaynaklanan engeller bulunmaktadır. Hukuk bilgininin uygulamacı olması, uygulamacıların hukuk kuramlarıyla, bilgisiyle donanmaya çalışması, hukuk düzenlemesine maruz kalanların hukuku bilmesi, meslekten olmayan kişilerin hukuk uygulamasına katılması vb. konular ilk olarak akla gelmektedir. Ayrıca fakültelerdeki ders ayrımları, hukuk bölümleri somutta kurulan ilişkiler ve somutun tüm dünya ile ilişkisi içinde değerlendirilmezse okulcu biçimcilik ve idealizmi besler.

Somut, Soyut ve Bütünlük

Gerçekliği, hukuk gerçekliğini kavramak, düşüncenin gitgide daha büyük bir ilişkiler, ayrıntılar, öğeler, özgüllükler bütününe erişmesi demektir. Erişilen bu bütünlük, gerçekliğin bütünselliğine, dünyaya hiçbir zaman denk düşmeyebilir.

Hukukçu uygulayıcı olduğunda böylesi bir bütünlük arayışından uzaktır. Hukuk bilgi-ni için bu uzaklık, uygulayıcıya çok yakın durmasından, her türlü belirsizlikten, bu belirsizlik bilmenin kaçınılmaz özelliği olsa da, korkmaktan ve kaçmaktan kaynaklanır.

Hukukçunun etkinliğinde akıldan (ustan) çok zeka (anlak) ön plandadır. Hukukçunun soyutlamaları, sabitlenmiş ve içerikle bağıni koparmış metafizik soyutlamalar olarak kalmaktadır. Dünyadan belli nesneleri ayırmak, sabitlemek, belirlemek anlağın işlevi-dir. Hukukçu (hukuk uygulayıcısı) için bunlar hazır olarak sunulmaktadır çünkü yasalar ve diğer hukuk kuralları, toplumsal ilişkilerin bilinebilmesi için bize hazır soyutlamalar sağlar. Normlar, prefabrik soyutlamalar olsalar da kendileri de anlağın nesneleridir ve soyutlanırlar. Bunun dışında hukukçu için soyutlama, mahkeme kararlarının inceleme-sinde ve daha güç bir uğraş olarak da toplumsal ilişkilerdeki düzenlilikleri saptamakta iş görmektedir.

Hukukçu elde ettiği soyutlamaları, içeriğin boşaltılıp sabitlenmesini ussal etkinliğin temeli yapar. Fakat nesnenin yalıtılmasını düşünce de sürdürürse, onu düşünce de sabit-lerse, bu yalıtılma metafizik soyutlama haline gelir ve doğruluğunu yitirir. Bu soyutlama anlık olarak değerlendirilir, gerçekliği kavramak için aracı bir aşama olarak ele alınır-sa, anlak, akıl ile tamamlanırsa meşrudur. İrade kavramını örnek verebiliriz. İradenin konusu sözleşmenin kurulması için hemen hemen önemsizdir. Sözleşme, saf biçimdir. Olanaklı ve olası tek biçimdir. İçerikten sözleşme biçimini zorlayıcı hiçbir belirlenim gel-mediği kabul edilir. İçerik bir kenara konulunca, niceliğin, yinelenmenin ve aşamanın biçimi dönüştürecek yeni bir düzeye erişebileceği de fark edilemez.

Soyutlamanın dereceleri arasında ayırım yapılmalıdır. Uygulamada iş görürken ola-yın verilerine, gerçekliğe ilişkin yapılan soyutlamanın derecesi ile tarihsel olarak ko-lektif öznenin eriştiği kişi, irade ve sözleşme gibi soyutlamaların derecesi aynı değildir. Bununla birlikte anlağın soyutlama işlevi ve aklın içeriğe, bütüne yönelme özelliği tüm soyutlama düzeyleri için geçerlidir. Soyutlama çözümlenmiş, içerilmiş ve yeniden oluşturulmuş somuta doğru bir aşamadır. Bir anlamda somuttur. Örneğimizde irade serbestliğinde kalmamak, bu soyutlama ile somuta yönelmek gerekir. Bu durumda mutlak doğrular değil, aşılabilir görelî doğrular elde ederiz. İrade serbestisi, hukuk için bir gö-relî doğrudur.

Hukukçu oluşturulmuş/hazır (prefabrik) soyutlamalarla yetinemez. Bulduğu hazır soyutlamaları da bilmenin nesnesi yapmalıdır. Gerçekliğin bilinmesi soyutlama ile başlar. Görünür, yüzeysel ve olumsal bilgi ile yetinmek istemiyorsak hukuksal olguları soyutla-malıyız. Soyutlama ile elde ettiğimiz biçimleri, ilişkileri ve bütünlüğü içine koymalı, yani somutu yeniden kurmalıyız. Sözleşme biçiminin, mübadele ilişkisinin ve değişim değeri-nin bütünlüğü içinde olması gibi.

Böylesi bir çaba hukuk bilimindeki akılcı ve görgül yaklaşımların aşılmasını sağla-yabilir. Tümel ile tikel arasındaki karşıtlık diyalektik aklın etkinliğiyle aşılr. Hukuktaki

rasyonalist akımlar kolektif öznenin en yüksek tarihsel soyutlamalarında durur. Görgül yaklaşımlar ise tikellerden elde ettiği ilk saptamalarla yetinir. Diyalektik akıl tikel ile tümeli birbiri aracılığıyla kavrar. Yalnızca soyut tümele değil, tikelin zenginliğini içeren tümele yani tümel somuta erişir. Diyalektik akıl bireyi (tekili), bütün içinde ve bütün aracılığıyla kavrar.

Hukukta pek çok şey öğelerine ayrılır. Aynı anlama gelmek üzere, özellikle özel hukukta, şartlar sayılır, açıklanır. Öğelere ayırma, kurucu şartları belirleme çözümleyici bir etkinlik midir? Hukukta öğeler bütünle bağlantısı kurulmadan, bütüne içerilmeden ele alındığı, bireşim ile tamamlanmadığı için sabittir, şablondur. Çözümleme ise nesneye nüfuz etmeye çalışır. Anlağın etkinliği olan çözümleme uygulamalı etkinlik üzerine kuruludur, olumsuzlayıcıdır. Akıl ise bireşimcidir, tamamlayıcıdır. Doğru bir çözümlemenin ulaşacağı öğe, bütüne içerilmiş, onunla sarılmış yani gerçek bir öğedir. Öğe bütünün bir koşulu, öncülü ve gelişmesinin bir aşaması olmalıdır. Karmaşık bir gerçekliği çözümlemek ve gerçek öğelerine ulaşmak, uğraklarını keşfetmektir. Özellikle idare hukukçularının işlemin öğelerini araştırırken öğelerin bütünle bağlantısını yitirdiklerini, bireşimci etkinliğin bulunmadığını görürüz.

Hukukun Yasaları

Hukukun bilimi olabilir mi sorusunun yanıtlanmasında hukuk normlarının niteliği belirleyicidir. Hukuk normlarının niteliğinin bilimsel bilgiye olanak tanımadığı ileri sürülür. Hukuktaki buyruklar (normlar) ile bilimsel yasaların farkını anlatmaya çalışmak gereksizdir. Hukuk normlarının bilimsel yasalar olabileceğini düşünmek ve bunun farklı olduğunu kanıtlamaya çalışmak olmayan bir sorunu çözmeye çalışmaktır.

Hukuk bilim değildir. Hukukun bilimsel bilgisi üretilebilir, hukukbiliminden söz edilebilir. Toplumbilim ne kadar bilirse hukukbilimi de o kadar bilimdir. Toplumbilimin ulaşabildiği genellikteki yasaların hukukbilimince üretilebilmesinin önünde herhangi bir engel yoktur.

Hukuk kuralları, hukuksal olgulardan yalnızca biridir ve bilimsel incelemenin konusu olurlar. Hukukun, toplumsal ilişkilerin özel biçim kazanmış hali olması hukuksal olguların bilimsel inceleme konusu olmak bakımından farklı nitelik taşıdığı yanılgısına yol açabilmektedir. Görüngü nasıl maddenin kendisi değilse hukuksal biçim de toplumsal ilişkinin kendisi değildir.

Olan - Olması Gereken (*sollen - sein*) Ayrımı

Hukuktaki *olan - olması gereken* ayrımının bilimsel bilginin önünde engel olduğu kabul edilmektedir. Hukuk olanı değil, olması gerekeni kurala bağlamaktadır. Olması gerekenlere ilişkin kurallar, yargılar ise nesnellik arayışındaki bilimin kuralları olamayacağı gibi bilimsel incelemeye de konu olamazlar.

Olan - olması gereken ayrımı sorumluluk yüklenebilecek özgür özne gereksinimini karşılamak için vardır.

Hukukun, nedenselliğe tabi insan davranışlarını düzenlediğini kabul ettiğimizde, hukuk öznesinin özgürlüğünün ve dolayısıyla sorumluluğunun da olamayacağı sonucuna

varırız. Özgürlük ve özgür kararların sonuçlarından sorumluluk olmadan hukuk düzeni olamaz. Kant bu sorunu çözmek için *sollen - sein* ayrımını kullanır. “Doğa olayları *nedensellik* yasasına uymak zorundadır ama insansal irade *gereklilik* yasasına uymak zorunda değildir. İşte irade özgürlüğü burada belirir ve törebilimsel (hukuksal -OK) yasanın doğal yasadaki başkılığı burada ortaya çıkar (Orhan Hançerlioğlu, Felsefe Ansiklopedisi, “sollen” maddesi.)

Hukuk normlarını incelemenin bilim olamayacağına kabul, nedenselliğin olgular arasında zorunlu bir ilişki olduğunu normların ise olması gerekenleri içerdiğini ileri sürer. Kelsen nedensellik ilişkisinden farklı olarak normların isnat ilişkisi yarattığını savunmaktadır. Isnat yasa tarafından yaratılmış ve zorunlu olmayan bir ilişkidir. Hırsızlık yapan, hapisle cezalandırılır. Bu bir neden sonuç ilişkisi (*sein, être, to be*) değil, davranışa isnat edilen bir sonuçtur, olması gerektirir (*sollen, devoir, should*).

Elbette hırsızlığa ilişkin yasa kuralının olguyu açıklamak için kullanılacak bir bilimsel yasa olduğunu kimse savlamıyor. Norm da hukukbiliminin inceleyeceği ve inceleme sonucunda belki de bir yasa üreteceği hukuksal biçimlerden biridir. Örneğin, “Mülkiyetin geliştiği toplumlarda mal üzerinde irade dışı egemenlik kurmak yaptırıma bağlanmıştır.” gibi bir yasa saptanabilir.

Normların incelenmesinde değil de hukuk uygulamasının incelenmesinde hukukbilimi olgunun kavramsal anlatımını orta terimle büyük önermeye bağlamaya çalışır. Bu etkinliğin sıradan olduğu durumlar bilimsel bir etkinliği gerektirmezken uyumsuzlukların açıklanmaya çalışılması, yeni kavram ve kurallara açık bilimsel çaba gerektirir.

Hukukta öznenin, nedenselliğe, doğa yasalarına tabi olmadığı varsayılır. Öte yandan zorunluluk hali, hukuka uygunluk nedeni olarak ceza kanunlarında yerini almıştır. İnsanın toplumsal ve doğal zorunluluk karşısındadır. Ancak bunlardan yalnızca biri, ceza kanunlarındaki niteliği taşıyan zorunluluk tipi hukuksal biçime dönüşmüştür. Özel hukuktaki iradeyi bozan haller de toplumsal ve doğal nedensel yasaları, zorunluluk hallerini tanır. Bunun gibi imkansız sözleşme konuları, eşyanın tabiatı kavramı vb. olanın yasalarının hukuksal biçime kendini dayattığını göstermektedir.

Hukukun ve Bilgisinin Yasaları

Bir hukuksal görüngü olan yasalar elbette hukuk olgusunun yasaları değildir. Bilginin yasaları, olgunun yasalarından farklı değildir. Hukukun ve hukuk bilgisinin tabi olduğu evrensel yasalar vardır. Hukuk ve bilgisinin varoluşuna ilişkin yasalar olduğunu bilmek, hukuk biçiminin ve içeriğinin incelenmesinde bu yasaların belirleyiciliğini, hukukun bunlar üzerinde etkisinin olup olmadığını araştırmayı gerektirir. Bu araştırma, hukuku ve bilgisini evrensele, bütünün bilgisine açar, bağlar.

Hukuktaki yasalar veya genel olarak kurallar hukukun varlığının, oluşunun yasaları değildir. Hukuk düşüncesi ortada basitçe yasaları görünce, bunlarla yetinir ve hukukun oluş yasalarını araştırma zahmetine girmez. Hatta bunları alır düşüncenin yasalarına dönüştürür, bunları olgularda yeniden tanır ve bir aşamada olguların varlığını hukuka borçlu olduğu sonucuna varır. Mevzuat/içtihat görüngüsü hukukun tek gerçekliği değildir. Bunlar gerçekliğin çiftkat görüngüsüdür.

Hukukun oluşum yasaları da hukuk görüngülerine içkindir. Doğal hukukçuların ve hukuksal idealizmin sandığı gibi hukuku dışarıdan yöneten bir güç değildir. Hukukun bilgisine erişmekte zorluk, görüngülerin çok sayıda dolayım lamayla ortaya çıkmasıdır. Ceza kanunundaki suçların hangi doğal, toplumsal yasalarca düzenlendiğinin (oluşturulduğunun) bilgisi için çok sayıda dolayımı çözmek, en yalın ilişkilere/çelişkilere varmak gerekecektir.

Hukukun oluşum yasaları hukuk görüngülerine içkindir. Doğal hukukçuların ve hukuksal idealizmin sandığı gibi hukuku dışarıdan yöneten bir güç değildir. Hukukun bilgisine erişmekte zorluk, görüngülerin çok sayıda dolayım lamayla ortaya çıkmasıdır. Örneğin ceza kanunundaki suçların hangi doğal, toplumsal yasalarca düzenlendiğinin (oluşturulduğunun) bilgisi için çok sayıda dolayımı çözmek, en yalın ilişkilere/çelişkilere varmak gerekecektir.

Toplumsal oluşun çok öznel niteliği görelî kesinliklere erişmeyi son derece güçleştirir de toplumsal oluşun yasaları bulunmaktadır. Yasa, araştırmanın eriştiği alanda, derinlik ve nesnellik derecesinde bir düzenliliktir. Rastlantı ve zorunluluk (veya yasa) doğanın aynı oranda nesnel, çelişik ve diyalektik olarak birleşmiş olan iki yönüdür. Rastlantı yasallık ile uyumsuz olmadığı gibi, tümü olmasa da pek çok yasa rastlantının yasasıdır. Rastlantı yasaları ortalamanın, büyük sayıların, kitlelerin, istatistiğin yasalarıdır. Araştırmanın eriştiği alanda, derinlik ve nesnellik derecesinde bir düzenlilik, bir yasa bulabilirsem, bunun kesin ve mutlak niteliğine ilişkin bir çekince koyarım ama yasanın varlığını da çekinmeden ilan ederim, çünkü bu düzenliliğin bir yanılsama olma olasılığının çok düşük olduğunu kestirebilirim. Doğanın oluşu ile uyumun görevli kesinliği yeterlidir. Tüm kazanılmış bilgiye göre yaptığımız değerlendirmede bir derece, bir aşama sorunu sözkonusudur.

Neden ve nedensellik olmadan bilim de olmaz. Nedensellik ile belirlenimcilik karıştırılmamalıdır. Saf niceliksel nedensellik yoktur. Nedenselliği yalnızca iki olgu arasında kurmaya çalışmak hatadır. Gerçekte herhangi bir olayın nedeni tüm dünyanın oluşundan başka bir şey olamaz. Bununla birlikte bir olayı incelemek, bilmeye çalışmak onu en yakından tüm evrene doğru ilerleyen bütün ilişkilerinin içinde yeniden kurmaktır. Bunlardan daha az temel olan nedenleri olayı incelemek için belli bir açıdan ve geçici olarak bir yana koyabiliriz. Evrensel ilişkinin diyalektik kavrayışı ile yasalar artık oluşun yasalarıdır.

Hukuktaki nedensellik, konulmuş kuralların veya kuralların uygulanmasının nedenselliği değildir. Kuralların da parçası olduğu hukuki biçimler içinde (zarfında) oluşan ilişkilerdeki görelî kesinliğin nedenselliğidir. Örgütlü siyasal etkinlik nedeniyle gözaltına alınan kişinin tutuklanacağı ve yargılanacağı kuraldan kaynaklı bir görelî kesinlik/nedensellik değil, ilişkilerdeki, hukuksal oluştaki nesnellik derecesinde bir düzenliliktir. Siyasal toplumsal mücadeleye polisin değil, çevik kuvvet, özel tim, gizli polis vb.'lerin müdahale edeceği de bir yasa hükmünden kaynaklanmaz. Yasa hükmü biçimine veya diğer hukuk biçimlerine bürünen nesnellik derecesinde bir düzenliliktir, hukuk biçimi içinde oluşmaktadır. Hukuk biçimi kazanmamışsa bir toplumsal yasadır, hukuk dışı veya hukuka aykırı olduğunu söyleriz.

Hukuksal Biçimlerin Oluşmasında ve Dönüşmesinde Nitelik - Nicelik İlişkisi

Nicelik, uygulamada temel önemdedir. *Niteliği dönüştürebilmek için ona saldıracağı-mız yön niceliktir.* Bununla birlikte saf nicelik yoktur Anlağın içerikte gerçekleştirdiği indirgeme iki temel yöne doğrudur: nitelik olarak dile, biçimsel mantığa, kavrama doğru, niceliksel olarak matematiğe doğru. Oluştur, belirlenmiş nitelik, birşey direnir, sürer. Burada nicelik nesnenin *ilgisiz* belirleniminden başka birşey değildir, nesne için temel olmayan bir belirlenimdir çünkü nesnenin artış veya azalışı temelde bir değişiklik yaratmaz. Sonra bir an gelir, nitelik sürüklenir, zaptedilir ve aşılır. Her varlık sonlu bir niteliktir. Evrensel etkileşim niteliklerin iç bağlantısını gösterir. Niteliğin sonsuz bir yönü vardır çünkü evren nitelikler toplamı olarak ortaya çıkar.

Hukuksal biçimlerin oluşmasında ve dönüşmesinde nitelik ve nicelik ilişkisi belirleyicidir. Nitelik - nicelik ilişkisini hukuktaki geçerlilik - uygulanabilirlik tartışmasında kullanmak gereksizdir. Bu tür tartışmaların hepsi olgunun dışında oluşmuş bir hukuk kuralı (norm) kabul eder ve bunu uygulama ile ilişkisini araştırır.

Varoluş ve oluşundaki nitelik-nicelik ilişkisini görebilmek için hukuk kuralını bir nitelik, uygulamayı ise nicelik olarak ele almalıdır. Kural ve devletin desteği nicelikteki, somut nitelik yinelenmelerindeki farklılaştırmaları bastırır. Belirlenmiş niteliğin nicelik karşısındaki direnişi hukukta, tüm diğer toplumsal olgularda olduğu gibi etkindir.

Normu nitelik olarak ele aldığımızda, neyin niteliği olduğu sorusu ortaya çıkar. Hukuk normu toplumsal davranışın niteliğidir. Toplumsal ilişkilerde oluşan içerik devletin ve uzmanların etkinliği ile dile, biçimsel mantığa, kavrama, tipik biçimde de hukuk kuralı biçimine dönüştürülür. Hukuk normu toplumsal varoluşun hukuksal biçime indirgenmiş niteliğidir.

Hukukun Görünümü ve Öz

Öz, hukuka aşkın hakikatler değildir.

Bilme sürecinin başlangıcıyla yani belirlenmiş varlıkları görünümünün bir yönüyle ele almakla yetinmemeliyiz. Hukuksal biçimlerin, normların, uygulamanın, "doğrudanını gerisinde başka bir şey, onun arkasında hem gizlenen ve gem de onunla açığa çıkan başka bir şey olduğu inancıyla daha ileri gitmeli, öze yönelmelidir. Görünüm, belirme, görüngü, somut gerçekliğin, özün bir yansımasıdır. Fizik ve insani gerçeklere ancak görüngüler aracılığıyla erişebiliriz."

Hukuk kuramları doğrudan görüngüler ile yetinmektedir. Basitçe mevzuat ve içtihat hukukun kendisi olarak kabul edilmekte, tüm tartışmalar bu kabulde yapılmakta, sorular ve yanıtlar bu kabule dayanmaktadır. Bu da az sayıda görüngüyü hukuk gerçekliği sanmak sonucunu doğurmaktadır.

Hukukun özü, ancak hukukun evreniyle, diğer oluşlarla bağlantısı içinde görüngülerin toplamı olarak, bu toplamdaki en yavaş değişen nitelik olarak belirlenebilir. Bu belirleme çabasının güçlüğü hiç girişilmemesinin gerekçesi olamaz.

Öz - nesnenin kendisi - görünüşünden daha yoksul olabilir çünkü görünüş ilişkii, özün diğer şeylerdeki belirlemesini içerir. Hegel, güçlü anlatımıyla, "özün çölü"nden söz eder.

Hukuku bilmeye çalışırken yalnızca özlerle yetinilmesi durumunda yaşanan basitlik ve kadercilik özün bu niteliğinden kaynaklanır. Hızla görüngüye dönmek oradan niteliği ve niceliği ele almak, özü bir kez daha sınamak, değişime bakmak, olanakları araştırmak gerekir.

Hukukta Kavramlar

Kavramları oluşturabilmek için doğrudan, görünümü aşmak ve görüngülerin doğrudan görünmeyen temel bütünlüğünü ve bağlantılarını keşfetmiş olmak gerekir.

Hukuktaki doğrudan, görünüm ise kanunlar, mahkemeler, mahkeme kararları, polis, cezaevleri, icra daireleri vb. gibi biçimlerle ortaya çıkar. Bunlar temel bütünlüğün içinde ve bağlantılarla var olur.

Kavramı, bilmeyi “nesnel gerçeklik ve evrensel etkileşim” önceler. Kavram aynı zamanda bizi gerçeklik ile yakınlaştırır, onun içine sokar, kavram hakikatte bir derecedir. Dolayısıyla kavram somut ve nesneldir. Dünya ile eylem aracılığıyla ilişkiye geçtiğimizden kavram da bu etkinlikten doğar. Uygulama kavramın bir durağıdır. Eylem kavramın nesnel gerçekliği ile çelişmez tersine nesnel dünya ile bağlantı kurduğu için kavramın nesnelliği uygulamaya dayanır.

Hukuk kavramının somut ve nesnel olabilmesi ancak salt olgularla, görüngülerle yetinmeyip bütünlüğü, bağlantıları, evrensel etkileşimi keşfetmekle olanaklıdır. Bunun gibi kavram - eylem bağlantısı da bir etkileşim olarak kurulmalıdır. Hukuk ve alt kavramları idelerin gerçekleşmesinden değil, eylemden doğmuştur. Bu kavramlarla da uygulamayı anlarız, gerçekliği kavrarız. Etkileşim ve oluş değerlendirilmediğinde, sabitlerden oluşan kavramlar ile eylem ilişkisi hep bir ihlal ve yaptırım olarak kurulur. Bunun gibi hukukun olan - olması gereken ayrımı mutlak sanılır.

Hukuktaki kavram, hukuk kuralı veya kuraldaki kavramlar değildir. Hukuk kuralı (norm) da bir gerçeklik, uygulama ve eylemdir. Hukuk kuralları, düzenledikleri toplumsal ilişkiler ve insan davranışları gibi gerçekliğin aynı nitelikli parçalarıdır. Hukuktaki kavramlar normun kendisi değildir. Norm, hukuksal ilişkilerdeki, oluştaki durağanlaşmış ilişkilerden biridir. Bir eylemdir, gerçekliktir. İçtihat da aynı niteliktedir. İkisi arasında hız ve değişim hızı farkı vardır. Norm ile içtihat arasındaki farkı açıklamak üzere soyut - somut ilişkisi de kullanılabilir.

Hukukta Mantık

Mantık, bilmenin genel biçimleri, yöntemleri ve araçlarıyla uğraşır. Önergelerin içeriği yeni bir mantık dalı yaratmadığından ayrı bir hukuk mantığı yoktur. Hukuk mantığı veya hukukta mantık değil, hukukun bilinmesinde genel biçimlerin oluşturulması, yöntem ve araçların geliştirilmesi sözkonusudur.

Hukukta tasım, akıl yürütme, yargılama yönteminin, mahkeme uygulamasının bir konusu olarak anlatılır. Eksik bir bakıştır. Hukuk çalışmalarındaki “mantığın hukukta kullanımı” ya da “hukuk mantığı” nitelemeleri mantık, tüm hukukta bilmenin biçimi, aracı değilmiş, ayrı bir bilgi dalıymış izlenimi yaratmaktadır. Hukukta mantık, kuralın olaya uygulanması ile özellikle mahkeme kararlarının ve kararın gerekçesinin oluşumu ile sınırlı

olarak anlatılmakta, incelenmektedir. Burada da hukuk kuralının, hukukun tek biçimini olduğu kabulünün sonuçlarından birisi bulunmaktadır. Hukukta karar, normdan çıkarım yapmaktan çok olgunun teknik ve hukuksal nitelenmesiyle oluşur. Bu iş de kavram ile görüngü/olgu arasındaki bir akıl yürütmeyi gerektirir.

Kavram evrensel ilişkileri içerir ve bununla bize doğruyu, belli bir olayda somut uygulamayı verir. Kıyas (çıkartım), kavram ile gerçeklik arasındaki bağlantıda yer alır.

Kavram ile gerçeklik arasındaki bağlantıyı kurma yalnızca uyumsuzluğu çözmede zorunlu değildir, hukuku bilme çabasının tümü için geçerlidir.

Olgunun hukukla bağlantısını, hukuki nitelikte olduğunu ancak soyutlama ile kavrayabiliriz. "Bireysel (tekil) olan, bir anlamda, doğrudan ve gerçektir. Öte yandan tekil ancak tür ile var olur." Kavramları kullanarak yani soyut ile doğrudan ve gerçek olan tekili kavrayabiliriz. Yolda hiçbir zaman 'genel olarak insan' ile karşılaşmayız. Tekilleri karşılaştırmalı ve genel niteliklerini soyutlamalıyız. Tümel ve tekil bağlı ve çelişiktir.

Hukuktaki tümeler yalnızca normlardan oluşmaz. Tümel, evrensel, tür ile bireysel, tekil arasında orta terimlerle kurulan ilişkiler, dolayimler süreklidir. Yalnızca mahkeme karar verirken değil tüm hukuk uygulamasında ve hukukun bilgisinin üretilmesinde sürekli bir kavram - yargı ilişkisi kurulur.

Kavram yargıyı sarar ve yargı kavramı geliştirir. Temel nitelikler, tekiler (bir dizi karşılaştırmayla, yargılarla, eylemle) incelenerek bir kez elde edilince yani kavram oluşturulunca, bir yandan tümeli kavramak öte yandan da bireyleri açıklamak için bu kavramdan yola çıkılır. Tekil, tikel ve tümel arasındaki hareket hiç durmaz.

Bilme sürecinin, akıl yürütmenin bu ilkeleri hukukta yalnızca yargılamada kullanılmaz. Hukuksal oluşun bilgisi üretilirken ve hukuk uygulaması gerçekleştirilirken kullanılır. Tümel ve tekil arasındaki çelişki, nitel ve nicel ilişkisinin özellikleriyle ya yeni kavramların yaratılmasına, kavramlarda düzeltmeler yapılmasına ya da gerçekliğe bilinçli insan etkinliği ile müdahaleye yol açar.

Mantiğin hukukta kullanımı da biçimsel mantığa dayanır. İçeriksiz biçimlerin uyumu aranır biçimsel mantıkta.

Tüm içeriği, mantık terimlerinin tüm anlamını, bu terimlerin işaret ettiği tüm nesneleri dışarıda bırakan biçimsel mantık, kurallar ve kuralların düzgün kullanımıyla, yani genel *tutarlılık*, *düşüncenin kendi kendisiyle uyumlu olması* kurallarıyla belirlenir.

Bunu, pozitivist-normativist hukuk tanımı olarak da kullanabiliriz. Hukuk da kesinlik arayışındaki biçimsellikle çalışır. Öte yandan hukuk, yerleşmiş kuralların bozulmasıyla, sakatlanmasıyla gelişir. Sözkonusu bozmaların yerleşebilmesi için bunların toplumsal ve uygulamalı gereksinimlere denk düşmesi gerekir.

Salt hukuksal biçimlerin bilimi, biçimsel (analitik) mantıkla yetinebilir ancak diyaletik hukukbilimi, hukuksal biçimleri taşıdıkları içeriklerle incelemeli, somut mantığa yönelmelidir.

Düşünce bir devinimdir. Hukukun düşüncesi bir devininim, oluşun düşüncesidir. Metafizikteki veya mantıktaki mutlak doğru arayışı hukukun işleyişinde veya bilgisinin üretiminde de vardır. İhlal, suç, hukuka aykırılık/uygunluk incelemeleri biçimsel mantığın ilkeleriyle yapılır. Buna karşın hukukun biçim aldığı toplumsal ilişkilere baktığımızda,

yani içeriğe yöneldiğimizde somutu değerlendirdiğimizde, doğru ile yanlış birbirinden nadiren kopabilir.

Kimi sınırlarda doğru ve yanlış karşılığı mutlaktır. Bu durumlar dışında içerik, gerçek, öngörülemeyen ve sayısız küçük farklılıklar, *değişiklikler* ve geçişler gösterir karşıtlık görece bir hal alır. Yeni doğrular kazanabilmemiz ve kısmi ve yaklaşık doğrulardan, geçici yanlışlardan ilerleyerek nesnel doğruluğa (hakikate) ilerlememiz doğru ve yanlışın bu diyalektik etkileşimi sayesinde. Bilim, *kavramın somut mantığını* varsayar ve içerir.

Hukuk bilgisi bilimsel nitelik taşıyacaksa kavramlar sabitlenmemeli ve somut mantık olarak bilme etkinliğinin içine yerleştirilmelidir. Mantık mahkeme uygulamasının sınırlı alanına hapsedilemez.

Hukukta Siyasal Tavır

Devletin organları, aygıtları ve kurumları kadar hukuk da mücadelenin hedefi olmalıdır.

Hukuk oluşturulması kadar *oluşu* da çatışma konusudur. Hukukçuların yaptığı hukuk kuralının geçerliliği - etkililiği ayrımı, kuralları koymak değil uygulamak önemli saptaması oluşun toplumsal çatışma alanı olduğu gerçeğini örtmektedir. Bu konularda, soyut kuralın uygulanmasının soyut güçlülüğünden söz ediliyor. Oysa hukuk kurallarının uygulanmaması da bir uygulamadır, toplumsal çatışmada kazanılmış bir siyasal iktidar parçasıdır.

Gerçekliği hukuksal gerçekliğe dönüştürmek çatışma gerektirdiği veya yarattığı gibi hukukun gerçekliğin oluşunda da çatışma vardır.

Hukuk devletin ele geçirilmesi ile fethedilebilecek bağıl bir gerçeklik değildir. Devlet iktidarı kadar gerçek ve sürekli mücadelenin konusu bir iktidar alanıdır.

Mübadele ilişkilerindeki özgür/eşit kişinin yanına siyasal iktidarı indirmek, tüm sözleşme ilişkilerine, özel alana siyasal alanın hukukunu indirmek gereklidir. Bu özellik, mülkiyetin ve emeğini satma özgürlüğünden başka bir şey olmayan sözleşme kurma özgürlüğünün güvencesi olarak zaten bulunmaktadır. Bunun ayırdında olunduğunda, sermayenin devlet iktidarı ayrı bir yerde aranmaz, siyasal alan - özel/sivil alan ayrımı kaldırılır. Bu durumda, sermayenin zorundan kaçarken devletin şiddetiyle karşılaşmak, ona razı olmamak için devlet ve bürokrasi eleştirisinden de vazgeçmemek gerekir.

Mübadele ilişkisinin eşit ve özgür olduğu varsayılan hukuksal biçimlerine kamu hukukunun biçimlerini taşımak ve aynı zamanda devletin ve hukukun sönümlenme zorunluluğunu, devlet ve bürokrasi eleştirisini hiç unutmamak, elden bırakmamak gereklidir. İnsanın hukuk öznesi kişi olarak ortaya çıktığı mübadele ilişkileri dışında türsel varoluşu, devletin ve piyasanın şiddetinden sakınılmalıdır.

Anayasalarda büyük çoğunluğu sözleşme yapma özgürlüğünden başka bir işlevi olmaksızın duran temel hak ve özgürlüklerin, insan haklarının anlamı da mübadele dışı kalacak/bırakılacak ve insanı türüne ve tüm varoluşa bağlayacak bu kazanımlar olacaktır.